

## GLI INCENTIVI TECNICI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

di Giuseppe Vella (\*)

*Abstract:* Con il d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023, in attuazione dell'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, è stato adottato il nuovo codice dei contratti pubblici. In particolare, l'art. 45 disciplina la materia delle funzioni tecniche e introduce delle novità rilevanti nella materia *de qua*, confermando, tra altro, parte degli orientamenti giurisprudenziali in sede consultiva della Corte dei conti. Vengono, inoltre, anche in riferimento a tale istituto, introdotti due principi di matrice comunitaria e, precisamente, quello "del risultato", inteso come l'interesse pubblico primario del codice stesso, che riguarda l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, nonché quello "della fiducia" nell'azione legittima, trasparente e corretta della pubblica amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

*With the Legislative Decree n. 36 of 3 March 2023, implementing article 1 of the law of 21 June 2022, n. 78, which delegates the Government in matters of public contracts, the new Code of public contracts was adopted. In particular, article 45 regulates the technical functions and introduces significant innovations in the matter in question, confirming, among other things, part of the jurisprudential guidelines in the consultative seat of the Court of Auditors. Furthermore, with reference to this institute, two principles of Communitarian origin are defined and, precisely, that of "result", understood as the primary public interest of the Code itself, which concerns the assignment of the contract and its execution with the maximum timeliness and the best relationship between quality and price, in compliance with the principles of legality, transparency and competition, as well as the principle of "trust" in the legitimate, transparent and correct action of the public administration, its officials and economic operators.*

**Sommario:** 1. *Gli incentivi tecnici: inquadramento storico.* – 2. *La giurisprudenza consultiva della Corte dei conti in materia di incentivi tecnici.* – 3. *L'art. 45 del nuovo codice dei contratti pubblici: disciplina generale e rilevanti differenze con l'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016.*

### 1. *Gli incentivi tecnici: inquadramento storico*

Nel nostro ordinamento l'istituto dell'incentivo tecnico è stato introdotto per la prima volta ad opera della legge n. 109/1994, meglio conosciuta come legge Merloni.

Tale norma, all'art.18, prevedeva un incentivo per il personale delle pubbliche amministrazioni coinvolto nelle attività di progettazione interna agli enti pubblici oltre che nelle attività di esecuzione dei lavori pubblici.

Lo scopo era quello da una parte di valorizzare le professionalità esistenti, dall'altro ottenere un risparmio di spesa, ove l'ente doveva, per tali attività, ricorrere all'esterno.

La *ratio* della norma, come evidenziato dalle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti con deliberazione n. 51/2011, andava e va ricercata nell'esigenza di destinare una quota di risorse pubbliche "a incentivare prestazioni poste in essere per la progettazione di opere pubbliche, in quanto in tal caso si tratta all'evidenza di risorse correlate allo svolgimento di prestazioni professionali specialistiche offerte da personale qualificato in servizio presso l'amministrazione pubblica".

Successivamente, la materia è stata disciplinata dal d.lgs. n. 163/2006, che ha mantenuto, sostanzialmente, le finalità e la *ratio* di cui alla legge Merloni.

Ma una sostanziale rivisitazione dell'istituto, che ne ha pure mutato la natura, si è avuta con l'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016.

Tale disposizione prevedeva che "1. *Gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti.*

2. *A valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di programmazione*

---

(\*) G. Vella è magistrato della Corte dei conti ed è stato segretario e direttore generale di enti di grandi dimensioni.

della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di Rup, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti. Tale fondo non è previsto da parte di quelle amministrazioni aggiudicatrici per le quali sono in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti. Gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare il fondo o parte di esso ai dipendenti di tale centrale. La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione.

3. L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori. Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore stabilisce i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro a fronte di eventuali incrementi dei tempi o dei costi non conformi alle norme del presente decreto. La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente o dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente, previo accertamento delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti. Gli incentivi complessivamente corrisposti nel corso dell'anno al singolo dipendente, anche da diverse amministrazioni, non possono superare l'importo del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo. Le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, incrementano la quota del fondo di cui al comma 2. Il presente comma non si applica al personale con qualifica dirigenziale.

4. Il restante 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo di cui al comma 2 ad esclusione di risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata è destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione anche per il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa e di efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli. Una parte delle risorse può essere utilizzato per l'attivazione presso le amministrazioni aggiudicatrici di tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 o per lo svolgimento di dottorati di ricerca di alta qualificazione nel settore dei contratti pubblici previa sottoscrizione di apposite convenzioni con le Università e gli istituti scolastici superiori.

5. Per i compiti svolti dal personale di una centrale unica di committenza nell'espletamento di procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture per conto di altri enti, può essere riconosciuta, su richiesta della centrale unica di committenza, una quota parte, non superiore ad un quarto, dell'incentivo previsto dal comma 2.

5-bis. Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture”.

La norma *de qua* definiva in modo tassativo le fattispecie contrattuali nonché le attività professionali che legittimavano l'erogazione degli incentivi.

Sotto quest'ultimo aspetto, l'art. 113, c. 2, del codice dei contratti pubblici conteneva, infatti, un elenco tassativo di attività incentivabili, che comprende le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di Rup, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti.

La tassatività dell'elencazione si deduceva dall'utilizzo dell'avverbio “esclusivamente” che lo precede, ad ulteriore conferma della portata derogatoria della norma al principio di *onnicomprendività della retribuzione*, che ne implica la non estensibilità in via analogica (1).

Il dettato normativo richiedeva, altresì, ai fini dell'applicazione dell'istituto, l'adozione di un apposito regolamento, la presenza di “*uno specifico stanziamento riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture*”, nonché l'esigenza che alla base dell'affidamento vi sia una procedura di gara.

Sotto tale profilo, la sussistenza del presupposto della “gara” (che sembrerebbe superato dal nuovo codice), cui faceva riferimento il citato art. 113, c. 2, per la corresponsione di incentivi tecnici al personale, poteva ritenersi esistente anche nell'ipotesi del ricorso, da parte dell'ente territoriale, alla procedura comparativa di cui all'art. 36, c. 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 (2).

(1) *Ex multis*, Corte conti, Sez. contr. reg. Veneto, parere n. 20/2020; Sez. contr. reg. Lombardia, parere n. 110/2020.

(2) Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, parere n. 33/2020, in questa *Rivista*, 2020, 3, 88.

La genericità della previsione dell'art. 113 e la presenza di diversi profili normativamente non chiari, ha fatto sì che tale disposizione normativa sia stata oggetto di diverse pronunce della Corte dei conti, nell'esercizio delle funzioni consultive, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, c. 8, della l. n. 131/2003.

Giurisprudenza contabile, che come meglio si espliciterà nel paragrafo che segue, ha riguardato sia i profili applicativi di tale istituto (concessioni, accordi quadro, partenariato pubblico-privato, ecc.) nonché la natura della spesa e, precisamente, se questa fosse da qualificarsi non più come spesa per investimenti ma come spesa corrente del personale.

Nel nuovo codice dei contratti pubblici, adottato con d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023, in attuazione dell'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (nel proseguo “nuovo codice”), la materia, oggi, (3) è disciplinata dall'art. 45, che pur semplificato rispetto alla previsione di cui all'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, reca una disciplina non limitata alle linee generali, ma estesa a profili di dettaglio, e ciò allo scopo di prevenire

---

(3) Il d.lgs. n. 36/2023, all'art. 229, prevede che le nuove regole saranno operative in tre fasi: il 1° aprile è prevista la vigenza della norma; il 1° luglio l'operatività.

In merito, i cc. 1 e 2 dell'art. 226 del codice prevedono che:

*“1. Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è abrogato dal 1° luglio 2023.*

*2. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso.*

*A tal fine, per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia; d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data”.*

L'art. 225, invece, disciplina le “Disposizioni transitorie e di coordinamento” e, in particolare, prevede che:

*“1. Fino al 31 dicembre 2023 gli avvisi e i bandi sono pubblicati, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno ferial successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Fino al 31 dicembre 2023 trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 70, 72, 73, 127, comma 2, 129, comma 4 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti adottato in attuazione dell'articolo 73, comma 4 del medesimo codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016. Le spese per la pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive avviene esclusivamente in via telematica e non può comportare oneri finanziari a carico della stazione appaltante. Fino al 31 dicembre 2023 continuano le pubblicazioni sulla piattaforma del Servizio contratti pubblici del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui all'Allegato B al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Dal 1° gennaio 2024, acquistano efficacia gli articoli 27, 81, 83, 84 e 85.*

*2. Le disposizioni di cui agli articoli 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 37, comma 4, 99, 106, comma 3, ultimo periodo, 115, comma 5, 119, comma 5, e 224, comma 6 acquistano efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024. In via transitoria, le disposizioni di cui agli articoli 21, comma 7, 29, 40, 41 comma 2-bis, 44, 52, 53, 58, 74, 81, 85, 105, comma 7, 111, comma 2-bis, 213 commi 8, 9 e 10, 214, comma 6 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 continuano ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023 per lo svolgimento delle attività relative:*

*a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;*

*b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a);*

*c) all'accesso alla documentazione di gara;*

*d) alla presentazione del documento di gara unico europeo;*

*e) alla presentazione delle offerte;*

*f) all'apertura e la conservazione del fascicolo di gara;*

*g) al controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.*

*3. Il requisito di qualificazione di cui all'articolo 4, comma 1, lettera c) e all'articolo 6, comma 1, lettera c), dell'allegato II 4 è richiesto a decorrere dal 1° gennaio 2024.*

*4 In sede di prima applicazione dell'articolo 47 e fino all'attuazione delle disposizioni di cui all'allegato I.11, la composizione del Consiglio superiore dei lavori pubblici e le competenze delle sezioni restano quelle vigenti alla data di entrata in vigore del codice, ivi compreso quanto disposto dall'articolo 45 del decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021 n. 108.*

*5. Fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 13, comma 4, continua ad applicarsi il regolamento di cui al decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 2 novembre 2017, n. 192.*

*6. Fino all'adozione del regolamento di cui all'articolo 136, comma 4, continua ad applicarsi il regolamento recante la disciplina delle attività del Ministero della difesa in materia di lavori, servizi e forniture di cui al decreto del Presidente della Repubblica 15 novembre 2012, n. 236, in quanto compatibile con le disposizioni di cui all'allegato II.20”.*

le difficoltà e le incertezze in cui incorrono le amministrazioni nella fase applicativa, anche, probabilmente, per i timori di responsabilità amministrativa connessa all'erogazione di incentivi non dovuti (4).

Nell'attuale formulazione legislativa, come meglio si esplicherà di seguito, risulta recepita buona parte della giurisprudenza amministrativa e contabile sul tema.

Quello, comunque, che accomuna le diverse discipline che si sono succedute dal punto di vista temporale, è che gli incentivi per funzioni tecniche sono compensi previsti in favore dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, a fronte dello svolgimento di determinate attività finalizzate alla conclusione di appalti di lavori, servizi e forniture, che operano in deroga al principio di onnicomprensività della retribuzione enunciato all'art. 24, c. 3, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Ciò impone, come meglio si preciserà, un'attività ulteriore che legittimi il ricorso a tale istituto.

Proprio in tale direzione la norma *de qua*, come specificato dalla copiosa giurisprudenza sul tema, ha valorizzato la "complessità" dell'attività posta in essere quale presupposto che giustifichi l'erogazione del contributo.

Tutto ciò posto, nel paragrafo che segue si analizzeranno l'ambito e le modalità di applicazione dell'art. 113, così come interpretato dalla giurisprudenza, al fine di poter poi analizzare in che misura tali profili, spesso conseguenza del vuoto normativo nella *subiecta materia*, sono stati trasfusi nell'art. 45 del nuovo codice dei contratti pubblici.

## 2. La giurisprudenza consultiva della Corte dei conti in materia di incentivi tecnici

La materia degli incentivi tecnici è una di quelle che maggiormente ha interessato la giurisprudenza consultiva della Corte dei conti.

Come sopra precisato, la presenza di una disciplina generica e spesso lacunosa, ha indotto le amministrazioni a richiedere alla Magistratura contabile pareri su diverse e innumerevoli questioni applicative, che, per alcuni aspetti, rimangono attuali anche con la nuova formulazione dell'istituto ad opera dell'art. 45 del nuovo codice.

Le tre macro-tematiche hanno riguardato:

- 1) le fattispecie negoziali incentivabili;
- 2) le modalità operative e applicative dell'istituto;
- 3) la natura giuridica dell'incentivo.

Sotto il primo profilo, un tema di grande dibattito ha riguardato l'applicazione dell'istituto degli incentivi alle "concessioni", la cui soluzione adottata è servita a risolvere ulteriori complesse questioni giuridiche.

In merito, la Sezione delle autonomie, con deliberazione n. 15/2019, ha osservato come «una piana lettura di quest'ultima disposizione non può indurre invero a ritenere che anche l'art. 113 sia applicabile ai contratti di concessione», dovendosi piuttosto osservare che «il citato art. 113 è calibrato inequivocabilmente sulla tipologia dei contratti di appalto»; ciò in particolare alla luce dell'attuale disposto del comma 5-bis della stessa norma, da cui si desume univocamente che i compensi incentivanti «per chiara affermazione del legislatore costituiscono un "di cui" delle spese per contratti appalto e non vi è alcun elemento ermeneutico che possa far ritenere estensibile le disposizioni dell'articolo in esame anche alle concessioni, non essendo normativamente previsto uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture».

È stato ulteriormente osservato, al riguardo, che la specialità della fattispecie dei compensi incentivanti di cui trattasi «ha richiesto una disciplina espressa e compiuta, che è declinata nell'art. 113, con indicazione degli ambiti, delle modalità di finanziamento e delle relative procedure di quantificazione e individuazione delle destinazioni, nonché della natura degli emolumenti accessori (e per quest'ultimo profilo è stato necessario un ulteriore intervento legislativo). Non sembra praticabile, quindi, un'interpretazione estensiva ed analogica».

In conclusione, la Sezione delle autonomie ha precisato che «per ritenere applicabile anche ai contratti di concessione gli incentivi per lo svolgimento di funzioni tecniche si dovrebbe operare uno sforzo ermeneutico estensivo ed analogico tale da riscrivere, di fatto, il contenuto dell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, che, come si è visto, è calibrato sui contratti di appalto (ai quali espressamente si riferisce) e non tiene conto di quelle sostanziali differenze che caratterizzano i contratti di concessione».

Il fatto che i compensi incentivanti, per chiara affermazione del legislatore, costituiscono un "di cui" delle spese per contratti appalto e non vi è alcun elemento ermeneutico che possa far ritenere estensibile le disposizioni dell'articolo in esame anche alle concessioni, ha fatto sì che l'applicabilità di tale istituto sia esclusa, inoltre, anche nella fattispecie in cui l'amministrazione riconosca un "prezzo" (contributo pubblico) al concessionario.

La questione è stata posta al vaglio della Corte dei conti, Sezione di controllo per la Lombardia, da un ente locale, che, secondo la propria interpretazione, riteneva possibile l'estensione della disciplina prevista dall'art. 113 del codice dei contratti anche alle concessioni, valorizzando, a tal fine, la circostanza rappresentata dal pagamento di un "prezzo" da parte del concedente, il cui stanziamento previsto nel bilancio integrerebbe, a suo dire, il requisito contenuto nel c. 5-bis dell'art. 113, laddove dispone che «Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture».

(4) V. Cons. Stato, relazione sullo schema definitivo di codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78, recante «Delega al Governo in materia di contratti pubblici».

La Magistratura contabile adita, con deliberazione n. 176/2020, non condividendo tale, se pur meritevole, lettura, ha sancito che «*Secondo la prospettazione dell'istante cioè la costituzione di un fondo nel bilancio finalizzato a corrispondere un contributo pubblico per la concessione dell'opera o del servizio "determinerebbe così per tali contratti una condizione simile a quella dell'appalto, essendo prevista, per la parte soggetta a contributo, una spesa per la realizzazione dell'opera o per la gestione del servizio in capo al concedente"*».

*Ebbene, fermo restando tutto quanto già evidenziato dalla Sezione delle autonomie, va sottolineata, in proposito, la mancanza del requisito della "identità" del capitolo, non essendovi, per il caso di concessione, la presenza di costi di gestione a carico della stazione appaltante sicché non sarebbe integrata la fattispecie normativa, di cui al citato comma 5-bis dell'art. 113, a mente del quale "gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture"*.

*In fattispecie analoga e in tal senso cfr. Sezione regionale di controllo per il Piemonte deliberazione n. 110/2019/Par.*

*Nel caso del contributo per le concessioni il "di cui" al quale fa espresso riferimento il comune richiedente (ossia il valore degli incentivi) non potrebbe costituire voce del quadro economico dello stanziamento previsto nella declinazione della spesa per l'appalto del lavoro o servizio, ma rappresenterebbe, invece, una voce inserita nello stanziamento di risorse finalizzate all'erogazione di un prezzo consistente in un contributo pubblico, che non ha comunque natura di corrispettivo a differenza del "prezzo" del contratto di appalto.*

*Inoltre, l'auspicata assimilazione tra appalto e concessione, prospettata dal comune richiedente, va esclusa anche in ragione del disposto del comma 2 dell'art 113, dove si statuisce che le risorse finanziarie che alimentano l'apposito fondo nella misura non superiore al 2% sono "modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara". Tutto ciò sta a dimostrare che non sarebbe possibile modulare gli incentivi sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara dal momento che nel bilancio dell'ente, in caso di concessioni, non è previsto l'importo dei lavoro o del servizio a base di gara (la spesa per realizzare l'intervento è, infatti, a carico del concessionario). In caso di concessione le risorse stanziare in bilancio non coprono tutta la spesa e non rappresentano l'importo del lavoro o del servizio posto a base di gara e le risorse eventualmente stanziare per quei contratti di concessione che godono di un prezzo (contributo pubblico) attribuito dal concedente sono finalizzate a garantire l'equilibrio finanziario del contratto concessorio. In conclusione, una voce di spesa per incentivi tecnici non potrebbe essere legittimata ai sensi del predetto comma 2 per mancanza, nella concessione, del presupposto costituito dallo stanziamento che deve comprendere tutte le risorse necessarie per il lavoro o servizio posto a base di gara».*

Legato al tema delle concessioni, inoltre, è quello dell'applicabilità dell'istituto incentivante al partenariato pubblico-privato.

Anche sotto questo aspetto, a fare chiarezza è intervenuta la Magistratura contabile, che ha avuto modo di affermare che il principio enunciato dalla Sezione delle autonomie (che esclude l'applicazione degli incentivi alle concessioni) trovi completa e totale applicazione non solo nell'ipotesi di concessione, ma anche nel caso in cui la questione attenga ad altre forme contrattuali come, per l'appunto, nel caso di forme di "partenariato pubblico-privato". Sulla base di tale principio, la disciplina dell'art. 113 non è stata ritenuta applicabile al *project financing*, di cui all'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016 (5).

Anche con la recente deliberazione n. 10/2021, la Sezione delle autonomie della Corte dei conti, in tema di contratti di rendimento energetico, ha avuto modo di precisare che «*Il legislatore ha fatto, pertanto, una scelta precisa disciplinando gli incentivi tecnici solo con riferimento agli appalti della parte seconda del codice (se lo avesse voluto avrebbe potuto estendere l'applicazione della normativa, in modo espresso, anche ad altre tipologie contrattuali).*

*Per eliminare qualsiasi dubbio interpretativo, il collegio ritiene quindi che gli incentivi tecnici trovino applicazione, sulla base di un'interpretazione sistematica e letterale della voluntas legis, solo per i contratti che rientrino nel campo di applicazione della parte seconda del codice: ossia i contratti di appalto, nei quali l'onere finanziario è sostenuto dalla stazione appaltante pubblica (con conseguente assunzione del rischio relativo agli effetti dell'operazione contrattuale), con imputazione della spesa sullo "specifico stanziamento" previsto per il lavoro, fornitura, servizio, sul quale gravano anche gli incentivi tecnici.*

*Pertanto, il sistema di incentivazione tecnica deve essere escluso per tutte le altre fattispecie contrattuali disciplinate dalla parte terza e quarta del codice, nelle quali l'onere finanziario è sostenuto in tutto o in parte (ma per un ammontare non inferiore al 50% del costo dell'operazione) dalla parte privata, che assume il rischio dell'operazione contrattuale, totalmente o per una parte prevalente, con la possibilità di non vedersi ripagato l'investimento fatto. La mancata previsione di oneri finanziari in capo all'amministrazione pubblica per il finanziamento del lavoro, fornitura o servizio (nei termini disciplinati dall'art. 113) determina la mancanza dello stanziamento e rappresenta un effetto diretto della tipologia contrattuale scelta e non la causa. La decisione di ricorrere ad una concessione o ad un contratto di partenariato, valorizzando le capacità tecniche, professionali e finanziarie del terzo, sgrava l'amministrazione pubblica dall'onere finanziario (nei termini intesi dall'art. 113, ossia qualificato come debito qualora l'ente pubblico*

(5) *Ex multis*, Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, pareri n. 311 e n. 429/2019, *ivi*, 2019, 6, 131, con nota di A. Luberti, *Sulla corresponsione degli incentivi per funzioni tecniche nelle operazioni di partenariato pubblico-privato*; n. 110/2020, *cit*; Sez. contr. reg. Veneto n. 20/2020, *cit*.

*ricorra a finanziamenti esterni) occorrente per la realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura, rendendo non necessario alcuno stanziamento di bilancio, negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti, per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture.*

*Sulla base di quanto sin qui detto, il collegio può dare risposta al quesito posto dalla Sezione remittente, qualificando il contratto di rendimento energetico come tipica fattispecie di PPP, in quanto nelle strutture negoziali adottate nella prassi commerciale (di derivazione comunitaria) emerge l'assenza di oneri finanziari immediati per il cliente (contratto che resta a titolo oneroso perché il cliente cede i risparmi futuri), con il trasferimento dei rischi in capo alla ESCo che ripaga il proprio investimento grazie ai risparmi generati dall'intervento nel corso della durata contrattuale (è fondamentale che l'intervento realizzi l'obiettivo di risparmio energetico definito).*

*Pertanto, una volta qualificato – in relazione alle sue connotazioni intrinseche – il contratto di rendimento energetico come fattispecie di PPP, ne discende l'esclusione dell'applicazione del sistema degli incentivi tecnici, così come già previsto dalla deliberazione n. 15/2019 per i contratti che rientrano nelle concessioni».*

Il contratto di rendimento energetico (Epc) rientra, dunque, nelle fattispecie di partenariato pubblico privato, disciplinate dagli artt. 180 ss. del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per le quali non trova applicazione il sistema di incentivazione tecnica previsto dall'art. 113, c. 2, del medesimo decreto legislativo.

Sempre in riferimento alla tipologia negoziale che legittima l'erogazione dell'incentivazione, con deliberazione n. 110/2020 la Sezione di controllo per la Lombardia ha avuto modo di precisare, in merito agli accordi quadro, come ove oggetto dell'accordo quadro sia una delle attività previste dal legislatore (lavori, servizi e forniture), sia stata effettuata a monte una procedura di gara e i relativi incentivi sono individuati nel quadro economico di ogni singolo contratto affidato per mezzo dell'accordo quadro in questione, non sussistono motivi ostativi all'applicazione dello strumento degli incentivi anche a tale schema negoziale. Nella stessa direzione si è espresso il Ministero delle infrastrutture nel parere del servizio giuridico contratti pubblici del 13 ottobre 2022, n. 1573, che, richiamando il parere della Sezione Lombardia, ha precisato che per il calcolo dell'incentivo delle funzioni tecniche occorre procedere facendo riferimento all'importo di ogni singolo contratto applicativo senza prendere a riferimento l'importo massimo dell'accordo ma solo, appunto, quello dei lavori effettivamente ordinati.

Una delle altre questioni di particolare interesse che si è posta, altresì, sul tema, ha riguardato la problematica se gli incentivi per funzioni tecniche siano riconoscibili nel caso in cui si concluda un accordo quadro senza gara e con un solo operatore economico. Al quesito ha risposto il Supporto giuridico del Servizio contratti pubblici del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con il parere n. 1087/2021, facendo riferimento all'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016.

Il Mims sottolinea che la norma è riferita a particolari "attività", il cui espletamento sia richiesto dalla complessità del procedimento cui esse attengono e quindi non ad una particolare categoria di contratti. Sull'argomento si è espressa anche la giurisprudenza contabile (6): una volta ammesso il ricorso a tali forme d'incentivazione anche per gli appalti di servizi e forniture, ciò che rileva per l'applicabilità del comma non è l'utilizzo di determinati meccanismi di approvvigionamento, quanto l'effettiva occorrenza di una delle attività incentivanti, che comprendono:

- programmazione della spesa per investimenti;
- verifica preventiva dei progetti;
- predisposizione e controllo delle procedure di bando e di esecuzione dei contratti pubblici;
- responsabile unico del procedimento;
- direzione dei lavori;
- direzione dell'esecuzione;
- collaudo tecnico amministrativo;
- verifica di conformità;
- collaudatore statico.

Il fatto che si proceda mediante Consip non è di per sé preclusivo al riconoscimento di incentivi per funzioni tecniche.

Oltretutto, la disposizione per cui "Gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare il fondo o parte di esso ai dipendenti di tale centrale" prevede, implicitamente, la possibilità di destinare quota del fondo ai dipendenti interni, ove ne ricorrano condizioni, fermo restando il presupposto che vi sia a monte una "gara", poiché in mancanza di tale requisito non può esservi l'accantonamento delle risorse nel fondo.

Infine, il Mims evidenzia come, in termini più generali, le previsioni legislative inerenti all'acquisto di beni e servizi mediante strumenti di *e-procurement* (quali convenzioni Consip, Mepa, ecc.) rispondano ad esigenze di semplificazione e razionalizzazione del procedimento di provvista della pubblica amministrazione.

Pertanto, laddove l'ente sia tenuto o decida di far ricorso a tali modalità di approvvigionamento, le attività indicate nell'art. 113 potrebbero, in concreto, non realizzarsi, con conseguente impossibilità di procedere alla erogazione dei connessi incentivi.

(6) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, parere n. 185/2017.

Ad ogni modo, nel caso in cui le attività incentivabili siano state espletate, deve ammettersi la possibilità di erogare gli incentivi di cui all'art. 113 del codice.

La “complessità” del procedimento che, come più volte precisato, costituisce, stante l’onnicomprendività del trattamento economico, il *discrimen* tra ciò che è incentivabile o non, ha pure inciso sull’ammissibilità o meno all’istituto nel caso di perizie di variante.

All’uopo, la Sezione di controllo della Lombardia, con parere n. 64/2022, ha enunciato il principio che *“Può ammettersi l’incremento dell’incentivazione per funzioni tecniche solo qualora nel corso dell’esecuzione del contratto si renda necessario redigere una perizia di variante e suppletiva connotata da particolare complessità, con incremento dell’importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara con esclusione delle varianti determinate da errori di progettazione. Spetta all’ente locale valutare che la relativa remunerazione risponda ai criteri di efficienza ed efficacia della spesa e verificare l’effettivo svolgimento delle maggiori attività tecniche svolte dai dipendenti. Più precisamente il maggior incentivo determinato da perizia di variante può essere erogato ai dipendenti aventi diritto relativamente alle fasi di valutazione preventiva della medesima perizia di variante, di esecuzione e di collaudo (o verifica di conformità), come previsto dall’articolo 113, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016”*.

La sezione di controllo, dunque, nell’ammettere tale possibilità, ritiene necessario che sussista “la complessità della perizia”, e tale incentivo venga erogato, limitatamente, alle fasi di valutazione preventiva della medesima perizia di variante, di esecuzione e di collaudo (o verifica di conformità).

Completata l’analisi delle fattispecie negoziali incentivabili e passando ai profili procedurali e di legittimazione soggettiva, la Sezione regionale di controllo per la Sardegna, con parere n. 1/2022, ha avuto modo di precisare che *“all’amministrazione subentrante nella procedura di affidamento di un contratto è consentito – sulla base di adeguato corredo motivazionale a garanzia del rispetto del principio costituzionale di buon andamento – il relativo quadro economico ai fini di rideterminare il valore della percentuale di incentivi spettante ai propri dipendenti in applicazione dell’art. 113 del d.lgs. n. 50/2016 e del proprio regolamento, non risultando a tal fine vincolante la quantificazione delle medesime percentuali contenuta nella determinazione a contrarre adottata da altra amministrazione pubblica che aveva precedentemente avviato la procedura di appalto”*.

Parimenti, con deliberazione della Sezione di controllo per l’Emilia-Romagna n. 87/2020/Par, è stato precisato che *“L’attività di verifica preventiva della progettazione di cui all’art. 26 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, svolta dai soggetti o dal soggetto individuati dal comma 6 dell’art. 26 nel rispetto delle condizioni di incompatibilità di cui al successivo comma 7, nonché caratterizzata in concreto da una particolare complessità che consenta di derogare al principio di onnicomprensività della retribuzione già in godimento, è incentivabile a norma dell’art. 113 del medesimo decreto legislativo, ricorrendone le condizioni generali elencate al punto 2.1 in diritto, anche a favore del dipendente pubblico di altra amministrazione aggiudicatrice posto in ausilio della stazione appaltante”*.

Continuando nella trattazione, una questione di grande interesse ha riguardato la possibilità di corrispondere tale incentivo in assenza di una programmazione della spesa.

La questione *de qua* è stata oggetto di un’interessante parere della Sezione di controllo per l’Emilia-Romagna (n. 11/2021), che, nel riconoscere la sussistenza di pareri contrari di altre sezioni di controllo, precisa che *«Sulla possibilità di procedere alla remunerazione degli incentivi per funzioni tecniche in relazione ad appalti di lavori non inseriti nel programma triennale dei lavori, la giurisprudenza consultiva di questa Corte ha espresso un orientamento restrittivo (Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione n. 310/2019/Par del 18 luglio 2019) basato sulla considerazione della centralità della fase della programmazione, che consente la identificazione e quantificazione dei bisogni e delle priorità dell’ente e la verifica della sostenibilità finanziaria dell’appalto.*

*A sostegno di tale orientamento sono stati richiamati due precedenti pareri, l’uno reso su analogo quesito, ma in vigenza della previgente disciplina contenuta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Sezione regionale di controllo per la Basilicata, deliberazione n. 3/2015/Par del 12 febbraio 2015), l’altro reso invece sulla differente fattispecie relativa alla mancanza, in caso di appalti di servizi e forniture, del progetto e del quadro economico (Sezione regionale di controllo per il Piemonte, deliberazione n. 25/2019/Par del 19 marzo 2019).*

*Ritiene il collegio che la risposta al quesito debba prendere le mosse da una pur sintetica ricostruzione del quadro normativo vigente.*

*Innanzitutto, va rammentato che la realizzazione di un appalto consta, in via generale, di cinque distinte fasi: programmazione, progettazione, aggiudicazione, esecuzione e collaudo o verifica di conformità. La Sezione condivide le considerazioni contenute dalla citata deliberazione n. Srpie/25/2019/Par sulla centralità del momento programmatico, volto “a definire i bisogni della collettività, ad approntare le necessarie misure per soddisfarli ed a consentire la verifica della congruità, proporzionalità, dell’efficienza dei risultati raggiunti”.*

*Tuttavia, non può non tenersi a mente come l’ordinamento conosca ipotesi di appalti affidabili senza previa programmazione, com’è nel caso, ad esempio, dei lavori pubblici di somma urgenza disciplinati dall’art. 191, comma 3, del Tuel.*

*Ne discende che da questa e da ulteriori disposizioni (si veda ad esempio l’art. 63 del codice, che prevede la possibilità, al ricorrere di determinate circostanze, di aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara) si può ricavare il principio generale per il quale, a fronte di eventi*

*oggettivamente non programmabili, non può escludersi l'ipotesi di appalti non inseriti nella programmazione, segnatamente al ricorrere di circostanze eccezionali ed imprevedibili, purché, ovviamente, sussista quella finalizzazione all'interesse pubblico che garantisce il rispetto del principio costituzionale del buon andamento, circostanza questa che dovrà trovare riscontro in una motivazione rafforzata dei provvedimenti amministrativi che danno vita alla procedura.*

*Appare pertanto astrattamente ammissibile l'ipotesi prospettata dal richiedente il parere, vale a dire la possibilità di riconoscere gli incentivi per appalti di lavori, servizi e forniture non inclusi nei rispettivi programmi, escludendo la liquidazione della quota di incentivi relativa alla fase di programmazione della spesa, purché ricorrano tutte le altre condizioni generali e, secondo un principio più volte affermato dalla giurisprudenza consultiva, tali attività siano caratterizzate in concreto da quella particolare complessità che le deve caratterizzare, la quale ultima rappresenta il presupposto che consente di derogare, in via eccezionale, al principio di onnicomprensività della retribuzione già in godimento (ex multis: Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, deliberazione n. 87/2020/Par del 12 ottobre 2020); ciò coerentemente con la ratio della norma, che è quella di accrescere l'efficienza della spesa attraverso il risparmio che deriva dal ricorso a professionalità interne per lo svolgimento di attività funzionali alla realizzazione di appalti in circostanze che altrimenti richiederebbero il ricorso a professionisti esterni, con possibili aggravii di costi per il bilancio dell'ente interessato (Sezioni riunite in sede di controllo, deliberazione n. 51/2011/Contr del 4 ottobre 2011)».*

Con il medesimo parere, la Sezione di controllo per l'Emilia-Romagna (delib. n. 11/2021/Par), ha avuto modo di affrontare la questione se si possano riconoscere incentivi qualora si tratti di appalti di importo superiore a 500.000 euro e di particolare complessità, e se per i medesimi si possano riconoscere incentivi qualora si tratti di appalti di importo inferiore a 500.000 euro e di particolare complessità.

Sul tema, precisa la sezione che *«A tale proposito, la giurisprudenza consultiva contabile ha già avuto modo di chiarire che l'applicabilità degli incentivi, nell'ambito dei contratti di affidamento di servizi e forniture, è contemplata soltanto nel caso in cui sia nominato il direttore dell'esecuzione, inteso quale soggetto autonomo e diverso dal Rup (Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 301/2019/Par, del 11 ottobre 2019). Tale distinta nomina è richiesta, in base al punto 10 delle Linee guida n. 3 dell'Anac, recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", soltanto negli appalti di forniture o servizi di importo superiore ad euro 500.000,00 ovvero di particolare complessità.*

*Ritiene il collegio che tali ipotesi vadano considerate alternative, e che pertanto la particolare complessità richiesta per la nomina del direttore dell'esecuzione potrebbe caratterizzare anche appalti di importo inferiore ad euro 500.000. Tale parametro numerico può rappresentare tuttavia un criterio di orientamento, in quanto solo in circostanze davvero eccezionali le funzioni tecniche associate ad un appalto di forniture e di servizi di importo più esiguo potranno dirsi caratterizzate da quella particolare complessità che, come già ricordato in risposta al primo quesito, rappresenta il presupposto che consente di derogare, in via eccezionale, al principio di onnicomprensività della retribuzione; ciò coerentemente con la ratio della norma, che è – come detto, cfr. precedente punto 2.2.2. – quella di accrescere l'efficienza della spesa attraverso il risparmio che deriva dal ricorso a professionalità interne per lo svolgimento di attività funzionali alla realizzazione di appalti in circostanze che altrimenti richiederebbero il ricorso a professionisti esterni, con possibili aggravii di costi per il bilancio dell'ente interessato. L'amministrazione dovrà pertanto attentamente valutare l'occorrenza, in concreto, di attività effettivamente incentivabili, tenuta a mente la richiamata ratio che, in ultima analisi, per quanto ormai più volte ribadito, appare ispirata ad un principio di contenimento della spesa e non di aggravio della stessa, potendosi, nell'evenienza di scelte operate in difformità a tale criterio orientativo, incorrere nelle forme di responsabilità previste dall'ordinamento».*

A risolvere, invece, la problematica molto dibattuta del rapporto tra incentivo tecnico e appalti di manutenzione ha provveduto la Sezione delle autonomie, con deliberazione n. 2 del 9 gennaio 2019. Con tale pronuncia, infatti, la sezione ha affermato che *«Occorre, quindi, prendere atto che nel mutato quadro normativo non vi sono motivi ostativi ad includere nell'incentivazione prevista dall'art. 113 anche le attività tecniche strettamente connesse a lavori di manutenzione, svolte cioè all'interno delle fasi procedurali che connotano gli affidamenti dei contratti pubblici di manutenzione ordinaria e straordinaria (programmazione, progettazione, selezione degli operatori economici, stipulazione ed esecuzione del contratto). Per loro natura, i lavori di manutenzione consistono in un'opera volta a rimediare al degrado strutturale, tecnologico o impiantistico di un manufatto o di sue componenti, quindi ad un recupero di valore e funzionalità attraverso un'azione riparativa che rientra nel genere dei "lavori" (come previsto dalla lettera nn) dell'art. 3 del d.lgs. n. 50/2016) e, più in particolare, nel quadro degli "appalti pubblici di lavori" (quand'anche l'attività manutentiva risulti estranea alle costruzioni edili di cui all'Allegato I). Non si pone, in questo caso, neppure un problema di numerus clausus delle "funzioni tecniche", oggetto di incentivo secondo il principio di tassatività affermato e ribadito dalla Corte, con riferimento anche al secondo comma dell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, argomentando dall'avverbio "esclusivamente" che precede l'elenco delle attività incentivabili. Infatti, le attività manutentive non rientrano tra le "funzioni tecniche" che i dipendenti pubblici svolgono ai fini dell'incentivazione prevista dall'art. 113, in quanto la manutenzione costituisce, appunto, l'oggetto di un appalto di lavori rispetto al quale il personale dell'amministrazione può svolgere una o più "funzioni tecniche" ad esso correlate. Negli appalti di lavori di manutenzione è possibile realizzare, in astratto, tutte le attività tecniche previste dal secondo comma dell'art. 113,*



*anche se, in concreto, le stesse risultano compatibili con interventi di manutenzione (soprattutto straordinaria) contrassegnati da elevata complessità, i quali possono richiedere, da parte del personale tecnico-amministrativo, un'attività di programmazione della spesa, di valutazione del progetto o di controllo delle procedure di gara e dell'esecuzione del contratto rispetto ai termini del documento di gara, esattamente come qualunque altro appalto di lavori, servizi o forniture. Per gli interventi di manutenzione ordinaria di più semplice realizzazione, invece, la possibilità di svolgere le funzioni tecniche è esclusa, il più delle volte, o dall'assenza di un progetto da attuare o perché l'amministrazione procede all'affidamento con modalità diverse dalla gara, la quale costituisce presupposto indefettibile della norma ai fini della determinazione del fondo vincolato (facendo l'art. 113 espresso riferimento all'"importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara"). Presupposto ulteriore per il riconoscimento degli incentivi, oltre al rispetto del tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo ed alla previa adozione di un atto interno di natura regolamentare diretto a stabilire criteri e modalità di ripartizione delle risorse tra gli aventi diritto, è che le funzioni tecniche svolte dai dipendenti siano "necessarie" per consentire "l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti". L'attività manutentiva, pertanto, deve risultare caratterizzata da problematiche realizzative di particolare complessità, tali da giustificare un supplemento di attività da parte del personale interno all'amministrazione affinché il procedimento che regola il corretto avanzamento delle fasi contrattuali si svolga nel pieno rispetto dei documenti posti a base di gara, del progetto, nonché dei tempi e dei costi programmati, aumentando, in tal modo, l'efficienza e l'efficacia della spesa».*

Alla luce di quanto sopra, per la Sezione delle autonomie, gli incentivi per funzioni tecniche previsti dall'art. 113 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici) possono essere riconosciuti, nei limiti previsti dalla norma, anche in relazione agli appalti di manutenzione straordinaria e ordinaria di particolare complessità.

Passando alla natura giuridica di tali spese, preme, preliminarmente, precisare che tale profilo è quello che è stato, senza ombra di dubbio, più dibattuto dalla giurisprudenza contabile. A fare il punto sulla questione è intervenuta, infatti, la Sezione delle autonomie che con deliberazione n. 6/2018 ha precisato che «*Il nuovo comma 5-bis dell'art. 113 in esame precisa, infatti, che "gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture"*».

*La citata novella legislativa richiede un ulteriore intervento nomofilattico di questa sezione, sia per la rilevanza dei dubbi interpretativi palesati dalle due sezioni regionali remittenti, sia, soprattutto, in ossequio al principio, costantemente affermato dalla giurisprudenza contabile (ex multis: deliberazione n. 24/2017/Qmig), secondo il quale la proposizione di questioni di massima già precedentemente esaminate e risolte non è, in linea di principio, preclusa, pur soggiacendo a precise condizioni di ammissibilità, tra cui – ed è questo il caso di specie – la ricorrenza di mutamenti legislativi.*

*Va premesso che la norma de qua si può prestare a interpretazioni divergenti, come si evince anche dalle deliberazioni delle sezioni regionali remittenti. Infatti, potrebbe essere ritenuta di non chiara lettura, in quanto si limita a prescrivere che gli incentivi in esame vanno finanziati dai capitoli di spesa su cui gravano i costi dell'opera, ma non esplicita la loro esclusione dai tetti posti al salario accessorio. Diversamente l'intervento del legislatore potrebbe intendersi diretto ad affermare che gli incentivi per le funzioni tecniche espletate nelle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti pubblici, non essendo finanziati dal fondo relativo alla contrattazione decentrata, non rientrano più nella spesa di personale soggetta ai limiti.*

*Anche se l'allocatione contabile degli incentivi di natura tecnica nell'ambito del "medesimo capitolo di spesa" previsto per i singoli lavori, servizi o forniture potrebbe non mutarne la natura di spesa corrente – trattandosi, in senso oggettivo, di emolumenti di tipo accessorio spettanti al personale – la contabilizzazione prescritta ora dal legislatore sembra consentire di desumere l'esclusione di tali risorse dalla spesa del personale e dalla spesa per il trattamento accessorio.*

*Al riguardo è da considerare, come rilevato dalla Sezione remittente lombarda, che gli incentivi per le funzioni tecniche sono, per loro natura, estremamente variabili nel corso del tempo e, come tali, difficilmente assoggettabili a limiti di finanza pubblica a carattere generale, che hanno come parametro di riferimento un predeterminato anno base (qual è anche l'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017). Il riferimento, infatti, ad un esercizio precedente diviene, in modo del tutto casuale, favorevole o penalizzante per i dipendenti dei vari enti pubblici.*

*In senso conforme si sono pronunciate di recente sia la Sezione regionale di controllo per il Friuli-Venezia Giulia (deliberazione n. 6/2018/Par), la quale ha ritenuto che dalla novella "si evince che gli incentivi non fanno carico ai capitoli della spesa del personale ma devono essere ricompresi nel costo complessivo dell'opera", sia la Sezione regionale di controllo per l'Umbria (deliberazione n. 14/2018/Par), la quale afferma che "il legislatore è intervenuto sulla questione della rilevanza degli incentivi tecnici ai fini del rispetto del tetto di spesa per il trattamento accessorio, escludendoli dal computo rilevante ai fini dall'articolo 23, comma 2, d.l.gs n. 75 del 2017. Il legislatore ha voluto, pertanto, chiarire come gli incentivi non confluiscono nel capitolo di spesa relativo al trattamento accessorio (sottostando ai limiti di spesa previsti dalla normativa vigente), ma fanno capo al capitolo di spesa dell'appalto".*

*Se è vero che sia il comma 1 che il comma 2 dell'art. 113 citato, già disponevano che tutte le spese afferenti gli appalti di lavori, servizi o forniture, debbano trovare imputazione sugli stanziamenti previsti per i predetti appalti, "il comma 5-bis rafforza tale intendimento e individua come determinante, ai fini dell'esclusione degli incentivi tecnici dai tetti di spesa sopra citati, l'imputazione della relativa spesa sul capitolo di spesa previsto per l'appalto".*

*Su questa linea interpretativa, sostenuta da un'ampia e articolata motivazione, si colloca anche la Sezione remittente lombarda, secondo la quale "analizzando la lettera delle norme succedutesi nel tempo, traspare che l'incentivo previsto dal d.lgs. n. 163 del 2006 era già finalizzato a compensare, non la sola attività di progettazione, ma anche quella di Rup, direttore lavori, collaudatore e rispettivi collaboratori, anche amministrativi". La medesima sezione prosegue affermando che "anche nella vigenza della disposizione che ha dato luogo alla deliberazione n. 51/2011 delle Sezioni riunite gli emolumenti in discorso non erano qualificabili, nella maggior parte dei casi, come spesa di investimento, ma di funzionamento per il personale".*

*Proprio alla luce dei suesposti orientamenti, va considerato che, sul piano logico, l'ultimo intervento normativo, pur mancando delle caratteristiche proprie delle norme di interpretazione autentica (tra cui la retroattività), non può che trovare la propria ratio nell'intento di dirimere definitivamente la questione della sottoposizione ai limiti relativi alla spesa di personale delle erogazioni a titolo di incentivi tecnici proprio in quanto vengono prescritte allocazioni contabili che possono apparire non compatibili con la natura delle spese da sostenere. La ratio legis è quella di stabilire una diretta corrispondenza tra incentivo ed attività compensate in termini di prestazioni sinallagmatiche, nell'ambito dello svolgimento di attività tecniche e amministrative analiticamente indicate e rivolte alla realizzazione di specifiche procedure. L'aver correlato normativamente la provvista delle risorse ad ogni singola opera con riferimento all'importo a base di gara commisurato al costo preventivato dell'opera, ancora la contabilizzazione di tali risorse ad un modello predeterminato per la loro allocazione e determinazione, al di fuori dei capitoli destinati a spesa di personale.*

*Sulla questione è anche rilevante considerare che la norma contiene un sistema di vincoli compiuto per l'erogazione degli incentivi che, infatti, sono soggetti a due limiti finanziari che ne impediscono l'incontrollata espansione: uno di carattere generale (il tetto massimo al 2% dell'importo posto a base di gara) e l'altro di carattere individuale (il tetto annuo al 50% del trattamento economico complessivo per gli incentivi spettante al singolo dipendente).*

*Oltre alla esplicita afferenza della spesa per gli incentivi tecnici al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture è da rilevare che tali compensi non sono rivolti indiscriminatamente al personale dell'ente, ma mirati a coloro che svolgono particolari funzioni ("tecniche") nell'ambito di specifici procedimenti e ai loro collaboratori (in senso conforme: Src Lombardia n. 333/Par/2016). Si tratta, quindi di una platea ben circoscritta di possibili destinatari, accomunati dall'essere incaricati dello svolgimento di funzioni rilevanti nell'ambito di attività espressamente e tassativamente previste dalla legge (in senso conforme: Src Puglia n. 5/2017/Par e n. 108/2017/Par). Va rilevato, inoltre, che per l'erogazione degli incentivi l'ente deve munirsi di un apposito regolamento, essendo questa la condizione essenziale ai fini del legittimo riparto tra gli aventi diritto delle risorse accantonate sul fondo (in termini: Src Veneto n. 353/2016/Par) e la sede idonea per circoscrivere dettagliatamente le condizioni alle quali gli incentivi possono essere erogate. Il comma 3 dell'art. 113 citato, infatti, fa obbligo all'amministrazione aggiudicatrice, di stabilire "i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro" nel caso di "eventuali incrementi dei tempi o dei costi". Una condizione, dunque, che collega necessariamente l'erogazione dell'incentivo al completamento dell'opera o all'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto in conformità ai costi ed ai tempi prestabiliti.*

*Se tale risulta, dunque, il quadro della materia, come configurato a seguito delle ultime modifiche normative intervenute, occorre prendere atto che l'allocazione in bilancio degli incentivi tecnici stabilita dal legislatore ha l'effetto di conformare in modo sostanziale la natura giuridica di tale posta, in quanto finalizzata a considerare globalmente la spesa complessiva per lavori, servizi o forniture, ricomprendendo nel costo finale dell'opera anche le risorse finanziarie relative agli incentivi tecnici. Questi ultimi risultano previsti da una disposizione di legge speciale (l'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016), valevole per i dipendenti di tutte le amministrazioni pubbliche, a differenza degli emolumenti accessori aventi fonte nei contratti collettivi nazionali di comparto.*

*In altre parole, con un intervento volto a tipizzare espressamente l'allocazione in bilancio degli incentivi per le funzioni tecniche, si deve ritenere che il legislatore (che, in tal modo, ha reso "ordinamentale" il disposto di cui all'art. 113 citato) abbia voluto dare maggiore risalto alla finalizzazione economica degli interventi cui accedono tali risorse, nonostante i possibili dubbi che ne potrebbero conseguire sul piano della gestione contabile. Pur permanendo l'esigenza di chiarire le specifiche modalità operative di contabilizzazione, la novella impone che l'impegno di spesa, ove si tratti di opere, vada assunto nel titolo II della spesa, mentre, nel caso di servizi e forniture, deve essere iscritto nel titolo I, ma con qualificazione coerente con quella del tipo di appalti di riferimento.*

*Pertanto, il legislatore, con norma innovativa contenuta nella legge di bilancio per il 2018, ha stabilito che i predetti incentivi gravano su risorse autonome e predeterminate del bilancio (indicate proprio dal comma 5-bis dell'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016) diverse dalle risorse ordinariamente rivolte all'erogazione di compensi accessori al personale. Gli incentivi per le funzioni tecniche, quindi, devono ritenersi non soggetti al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017».*

*Sulla base di tali argomentazioni, dunque, la Sezione delle autonomie perviene alle conclusioni che "Gli incentivi disciplinati dall'art. 113 del d.lgs. n. 50 del 2016 nel testo modificato dall'art. 1, comma 526, della legge n. 205 del 2017, erogati su risorse finanziarie individuate ex lege facenti capo agli stessi capitoli sui quali gravano gli oneri per i singoli lavori, servizi e forniture, non sono soggetti al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 75 del 2017".*

Con la deliberazione n. 6/2018 la Sezione delle autonomie ha, dunque, chiarito che “*l’allocazione in bilancio degli incentivi tecnici stabilita dal legislatore ha l’effetto di conformare in modo sostanziale la natura giuridica di tale posta, in quanto finalizzata a considerare globalmente la spesa complessiva per lavori, servizi o forniture, ricomprendendo nel costo finale dell’opera anche le risorse finanziarie relative agli incentivi tecnici*”.

In sostanza, si è ritenuto che il legislatore, con la modifica dell’art. 113 del d.lgs. n. 50/2016 ad opera dell’art. 1, c. 526, della l. n. 205/2017, che introduce l’art. 5-bis, abbia inteso mutare la natura di questa specifica voce di spesa, riconducendola, a seconda della tipologia dei contratti, ai lavori o beni e servizi (7).

Alla luce delle superiori considerazioni, tali spese non costituiscono spesa per il personale, ai fini della determinazione della capacità assunzionale, secondo la normativa di cui all’art. 33, c. 2, del d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 28 giugno 2019, n. 58.

Rileva, difatti, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per l’Abruzzo, con parere n. 249/2021, che “*indipendentemente dalle modalità di doppia contabilizzazione di cui al principio contabile, Allegato 4/2, paragrafo 5.2, del d.lgs. n. 118/2011 nel testo risultante dal decreto ministeriale 1° agosto 2019, tali incentivi gravano su risorse autonome e predeterminate del bilancio (indicate proprio dal comma 5-bis dell’art. 113 del d.lgs. n. 50/2016) diverse dalle risorse ordinariamente rivolte all’erogazione di compensi accessori al personale. Pertanto, le spese sostenute per gli incentivi tecnici non costituiscono spesa per il personale, ai fini della determinazione della capacità assunzionale, secondo la normativa di cui all’art. 33, comma 2, del d.l. n. 34/2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 58/2019*”.

Nella medesima direzione si sono espresse la Sezione Lombardia con deliberazione n. 73/2021 e la Sezione Liguria con deliberazione n. 1/2022.

Sempre sul tema del rapporto tra incentivi tecnici e spese del personale, la Corte dei conti a Sezioni riunite, con deliberazione n. 16/2009, ai fini dell’interpretazione di cui all’art. 1, cc. 557 e 562, della l. n. 296/2006, ha avuto modo di precisare che «*nelle spese del personale non devono essere computate “i cc.dd. incentivi per la progettazione interna”*».

Gli accantonamenti per la copertura e il pagamento degli incentivi derivanti dal maggior gettito accertato e riscosso relativo all’Imu e alla Tari, ex art. 1, c. 1091, della l. n. 145/2018, e degli incentivi di cui all’art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, da destinare al personale interessato allo svolgimento delle funzioni tecniche devono essere, inoltre, determinati al lordo di tutti gli oneri accessori connessi alle erogazioni, ivi comprese le somme che gravano sull’ente a titolo di Irap (8).

A conclusione dell’analisi della giurisprudenza sul tema degli incentivi per funzioni tecniche, un cenno va fatto alla contabilizzazione delle economie e al profilo della retroattività dei regolamenti adottati.

In relazione al primo aspetto, la Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con parere n. 131/2021 ha precisato che: “*Le quote parti dell’incentivo per funzioni tecniche previsto dall’articolo 113 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, corrispondenti a prestazioni non svolte dai dipendenti dell’amministrazione aggiudicatrice, in quanto affidate a personale esterno, al termine dell’esercizio in cui si conclude l’appalto cui l’incentivo si riferisce confluiranno distintamente nel risultato di amministrazione secondo la natura dell’entrata con cui è stato finanziato il quadro economico del lavoro, servizio o fornitura, in conformità a quanto previsto dall’articolo 187 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*”.

Un altro tema di grande interesse, è quello risolto dalla Sezione delle autonomie con deliberazione n. 16/2021, con cui ha avuto modo di precisare come “*ove una amministrazione locale abbia omesso di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento vigente ratione temporis (legge n. 109/1994; d.lgs. n. 163/2006; d.lgs. n. 50/2016), il regolamento funzionale alla distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, detto regolamento potrà essere adottato ex post, nel rispetto dei limiti e parametri che la norma del tempo imponeva, a condizione che le somme relative agli incentivi alla progettazione siano state accantonate ed afferiscano a lavori banditi in vigenza della suddetta normativa del tempo. Trova in tali ipotesi applicazione, in virtù del principio di elaborazione giurisprudenziale tempus regit actionem, la normativa vigente al momento in cui prende avvio il procedimento amministrativo, con conseguente inapplicabilità dello ius superveniens. Una cristallizzazione normativa del suddetto principio si riscontra nell’art. 216, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 50/2016, che legittima una lettura dei precedenti artt. 92 e 93 del d.lgs. n. 163/2006 nel senso della loro ultrattività, a conforto della necessità, in specifiche e ben delimitate fattispecie, di un temperamento degli effetti che andrebbero a scaturire da una rigorosa applicazione del principio tempus regit actum*”.

Nella giurisprudenza contabile erano, infatti, presenti due distinti orientamenti.

Il primo sfavorevole, secondo il quale deve trovare applicazione il principio del *tempus regit actum*, con impossibilità da parte degli enti di approvare regolamenti dotati di efficacia retroattiva, opponendosi a tale soluzione la regola della irretroattività della legge e quindi anche dei regolamenti, ai sensi del combinato disposto delle norme di cui agli artt. 4 e 11 delle disposizioni preliminari al codice civile.

(7) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Puglia, parere n. 159/2021.

(8) V. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 3/2022.

Un secondo orientamento della giurisprudenza contabile si basava, invece, sulla differenza tra retroattività “forte” e retroattività “debole”, incentrandosi, sostanzialmente, sulla circostanza rappresentata dall’avvenuto o meno accantonamento dei fondi destinati agli incentivi tecnici. Ed invero, si precisa che alla retroattività “forte” corrisponde il caso della norma produttiva di effetti giuridici che vengono innestati nel passato, nel senso che la legge retroattiva colloca prima della sua entrata in vigore sia la fattispecie sia i suoi effetti. Alla retroattività “debole” corrisponde, invece, la produttività di effetti attuali ma sulla base di una fattispecie realizzatasi nel passato. Tale ultima situazione ricorrerebbe, secondo l’orientamento in parola, proprio nel caso specifico all’esame, ove, essendosi già provveduto all’accantonamento dei fondi destinati agli incentivi tecnici, non troverebbe applicazione il divieto di retroattività ex art. 11, c. 1, delle preleggi.

In considerazione della divergenza tra i due orientamenti, oltre alla grave situazione di incertezza operativa che ne consegue, la Sezione della Campania ha rimesso gli atti alla Sezione delle autonomie, cui è stata sottoposta la seguente questione di massima: “*Se, nel caso in cui una amministrazione locale abbia omissis di adottare, in esecuzione della disciplina normativa di riferimento, vigente ratione temporis (l. 109/94; d.lgs. 163/06; d.lgs. 50/16), il regolamento necessario a consentire la distribuzione degli incentivi per la progettazione realizzata sotto la vigenza di quella normativa medesima, possa adottare, ex post, un regolamento con efficacia retroattiva. In caso positivo, quali siano i limiti della predetta retroattività*”.

Da qui il principio di diritto di cui sopra, sancito dalla Sezione delle autonomie con deliberazione n. 16/2021.

Concludendo l’analisi della giurisprudenza contabile in materia, si evince, dunque, che sono stati individuati alcuni principi di diritto che hanno inciso sulla concreta e corretta applicazione dell’istituto *de quo*, e precisamente: 1) *la complessità dell’attività che giustifichi la deroga al principio di onnicomprensività del trattamento economico*; 2) *la tassatività delle attività incentivabili*; 3) *la necessità di un apposito regolamento, che operi anche retroattivamente*; 4) *la natura giuridica dell’incentivo non riconducibile a spesa del personale*.

Tutto ciò posto, nella parte che segue si analizzerà la nuova disciplina dell’art. 45 del nuovo codice dei contratti, focalizzando l’attenzione sui punti di contatto con il pregresso art. 113, con particolare riferimento ai profili sopra citati, così come coniati della giurisprudenza contabile e, oggi, recepiti, con il nuovo codice, nel nostro ordinamento e, dunque, facenti parte del diritto positivo.

### 3. *L’art. 45 del nuovo codice dei contratti pubblici: disciplina generale e rilevanti differenze con l’art. 113 del d.lgs. n. 50/2016*

Con il nuovo codice dei contratti pubblici, come già anticipato nelle parti che precedono, sono state superate alcune delle lacune presenti nella previgente disciplina e che erano stato oggetto di diverse pronunce giurisprudenziali.

L’art. 45 del nuovo codice, infatti, prevede che:

“1. *Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell’allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. In sede di prima applicazione del codice, l’allegato I.10 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.*

2. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell’allegato I.10 di cui al comma 1 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell’importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell’esecuzione. È fatta salva, ai fini dell’esclusione dall’obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti.*

3. *L’80 per cento delle risorse di cui al comma 2, è ripartito, per ogni opera, lavoro, servizio e fornitura, tra il Rup e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2, nonché tra i loro collaboratori. Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell’amministrazione. I criteri del relativo riparto, nonché quelli di corrispondente riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro, a fronte di eventuali incrementi ingiustificati dei tempi o dei costi previsti dal quadro economico del progetto esecutivo, sono stabiliti dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti, secondo i rispettivi ordinamenti entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del codice.*

4. *L’incentivo di cui al comma 3 è corrisposto dal dirigente, dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente o da altro dirigente incaricato dalla singola amministrazione, sentito il Rup, che accerta ed attesta le specifiche funzioni tecniche svolte dal dipendente. L’incentivo complessivamente maturato dal dipendente nel corso dell’anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non può superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente. L’incentivo eccedente, non corrisposto, incrementa le risorse di cui al comma 5. Per le amministrazioni che adottano i metodi e gli strumenti digitali per la gestione informativa dell’appalto il limite di cui al primo periodo è aumentato del 15 per cento. Incrementa altresì le risorse di cui*

*al comma 5 la parte di incentivo che corrisponde a prestazioni non svolte dai dipendenti, perché affidate a personale esterno all'amministrazione medesima oppure perché prive dell'attestazione del dirigente. Le disposizioni del comma 3 e del presente comma [non] si applicano al personale con qualifica dirigenziale.*

*5. Il 20 per cento delle risorse finanziarie di cui al comma 2, escluse le risorse che derivano da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata, incrementato delle quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente, oppure non corrisposto per le ragioni di cui al comma 4, secondo periodo, è destinato ai fini di cui ai commi 6 e 7.*

*6. Con le risorse di cui al comma 5 l'ente acquista beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, anche per incentivare:*

- a) la modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture;*
- b) l'implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa;*
- c) l'efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli.*

*7. Una parte delle risorse di cui al comma 5 è in ogni caso utilizzata:*

- a) per attività di formazione per l'incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione degli interventi;*
- b) per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche;*
- c) per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale.*

*8. Le amministrazioni e gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare, anche su richiesta di quest'ultima, le risorse finanziarie di cui al comma 2 o parte di esse ai dipendenti di tale centrale in relazione alle funzioni tecniche svolte. Le somme così destinate non possono comunque eccedere il 25 per cento dell'incentivo di cui al comma 2".*

La previsione, sebbene semplificata rispetto alla versione precedente contenuta nell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, reca una disciplina di dettaglio al fine, probabilmente, di superare alcuni dubbi di natura applicativa.

In merito, il c. 1 dell'art. 45 prevede una disciplina transitoria, stante che la vigenza dell'allegato I.10 è legata all'adozione di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, c. 3, della l. 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Allo stato attuale, le attività tecniche, i cui oneri "sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti" sono, tassativamente, quelle del sopra citato allegato I.10, e precisamente:

- *programmazione della spesa per investimenti;*
- *responsabile unico del progetto;*
- *collaborazione all'attività del responsabile unico del progetto (responsabili e addetti alla gestione tecnico-amministrativa dell'intervento);*
- *redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali;*
- *redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica;*
- *redazione del progetto esecutivo;*
- *coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione;*
- *verifica del progetto ai fini della sua validazione;*
- *predisposizione dei documenti di gara;*
- *direzione dei lavori;*
- *ufficio di direzione dei lavori (direttore/i operativo/i, ispettore/i di cantiere);*
- *coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione;*
- *direzione dell'esecuzione;*
- *collaboratori del direttore dell'esecuzione;*
- *coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione;*
- *collaudo tecnico-amministrativo;*
- *regolare esecuzione;*
- *verifica di conformità;*
- *collaudo statico (ove necessario).*

Il comma 1 estende, inoltre, la previsione alle attività tecniche relative a tutte le procedure e non solo all'appalto. Si superano, in tal modo, le difficoltà discendenti dalla vigente formulazione che, a parità di funzioni tecniche svolte, consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti ed escludeva tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti.

Il successivo comma 2, invece, prevede che “2. *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti destinano risorse finanziarie per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti specificate nell'allegato I.10 di cui al comma 1 e per le finalità indicate al comma 5, a valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, in misura non superiore al 2 per cento dell'importo dei lavori, dei servizi e delle forniture, posto a base delle procedure di affidamento. Il presente comma si applica anche agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione. È fatta salva, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di destinazione delle risorse di cui al presente comma, la facoltà delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti*”.

Si assiste, dunque, ad un ampliamento delle attività tecniche incentivabili, introducendo le attività di redazione del documento di fattibilità delle alternative progettuali, redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica e la redazione del progetto esecutivo. Fattispecie escluse nella previgente disciplina.

Il comma 2, al pari della previgente normativa, individua un limite percentuale (il 2%) delle risorse che, a valere sugli stanziamenti delle procedure di affidamento, possono essere destinate alle remunerazioni delle funzioni tecniche e alle ulteriori finalità contemplate dalla disposizione.

La finalità è quella di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'amministrazione e il risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni.

Il medesimo comma, in merito alla percentuale di incentivo erogabile, richiama l'importo delle “procedure di affidamento” e non, come nella precedente disciplina, l'importo a “base di gara”, ampliando, dunque, come già precisato, l'ambito di applicazione della disciplina a qualunque tipologia di affidamento.

Se è vero che rileva, ai fini dell'erogazione degli incentivi, qualsiasi tipologia di affidamento, è pur vero che quest'ultimi sono compensi previsti in favore dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici, a fronte dello svolgimento di determinate attività finalizzate alla conclusione di affidamenti di lavori, servizi e forniture, che operano in deroga al principio di onnicomprensività della retribuzione, enunciato all'art. 24, c. 3, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Ciò impone, a parere di chi scrive, anche con la nuova formulazione della materia ad opera dell'art. 45 del nuovo codice, “*un'attività ulteriore*” che legittimi il ricorso a tale istituto.

Proprio in tale direzione, la disciplina degli incentivi per funzioni tecniche, come specificato dalla copiosa giurisprudenza sul tema, ha valorizzato sempre la “*complessità*” dell'attività posta in essere, quale presupposto che legittimi l'erogazione del contributo.

Sì, dunque, all'ammissibilità dell'incentivo, di cui al comma 2, per qualsiasi affidamento di lavori, forniture e servizi, ma l'attività incentivabile deve essere connotata, non dall'ordinarietà dell'attività spettante *ius officii*, ma da una complessità che legittimi la deroga al principio di onnicomprensività della retribuzione.

Viene fatta salva nella nuova disciplina, in ogni caso, rispetto a quanto era previsto all'art. 113, la possibilità per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di prevedere una modalità diversa di remunerazione delle funzioni tecniche del proprio personale, fermo restando quanto sopra rappresentato in termini di “*complessità*” ed evitando l'erogazione di qualunque sovra incentivazione.

Il comma 3, invece, prevede che gli incentivi per funzioni tecniche, pari all'80% delle risorse di cui al comma 2, sono erogati direttamente al personale dipendente, senza ricorso alla previa fissazione dei criteri in sede di contrattazione decentrata integrativa e senza la confluenza nel fondo per l'incentivazione, così come, invece, era previsto dall'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, determinandosi, dunque, una notevole semplificazione sul piano finanziario, burocratico e contabile.

La norma prevede, inoltre, che:

1) *l'incentivo è ripartito tra il Rup e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate nell'allegato nonché tra i loro collaboratori;*

2) *gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione.*

Si rinvia, inoltre, all'ordinamento di ciascuna amministrazione, la determinazione, entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore del codice (1° aprile), dei criteri di riparto delle somme, nonché la riduzione delle risorse a fronte di eventuali incrementi di tempi o costi rispetto a quanto previsto dal progetto esecutivo.

Tale ultima previsione sembrerebbe operare come fattore incentivante e performante al fine del rispetto dei tempi e dei costi previsti.

Si conferma, dunque, anche per questa disposizione il principio cardine del nuovo codice e cioè il “*principio del risultato*”, inteso come l'interesse pubblico primario del codice stesso, che riguarda l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Il comma 4, al pari di quello che era previsto nella previgente normativa, subordina l'erogazione dell'incentivo di cui al comma precedente all'accertamento e attestazione, ad opera del responsabile del servizio della struttura competente o da altro dirigente incaricato, dell'effettivo svolgimento, da parte del dipendente, delle specifiche funzioni tecniche.

Al pari del precedente art. 113 è previsto, altresì, un tetto massimo individuale: gli importi complessivamente maturati (secondo il criterio della competenza, a prescindere dalla data di pagamento), infatti, nel corso dell'anno di competenza, anche per attività svolte per conto di altre amministrazioni, non possono superare il trattamento economico complessivo annuo lordo percepito dal dipendente, l'ammontare eccedente incrementa la quota di incentivo alle finalità di cui al comma 5. Alle medesime finalità sono destinate le quote di incentivo non erogato per prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente. Prevede, inoltre, il c. 4 del predetto art. 45 che, nel rispetto del principio di onnicomprensività della remunerazione, le disposizioni del comma 3 e del presente comma non si applicano al personale dirigenziale.

Così come era stabilito nel previgente art. 113, il successivo comma 5 sancisce che la residua percentuale delle risorse indicate al comma 2 (20%), con esclusione delle somme che derivano da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata, sia destinata a una serie di finalità, specificate ai successivi commi 6 e 7 e, in particolare, l'ente può acquistare beni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione, anche per incentivare:

- a) *la modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture;*
- b) *l'implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa;*
- c) *l'efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli.*

Una parte delle risorse di cui al comma 5 è, in ogni caso, utilizzata:

- a) *per attività di formazione per l'incremento delle competenze digitali dei dipendenti nella realizzazione degli interventi;*

b) *per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche;*

c) *per la copertura degli oneri di assicurazione obbligatoria del personale.*

Le somme di cui al comma 5 sono, inoltre, incrementate dai seguenti importi:

1) *importi relativi a prestazioni non svolte o prive dell'attestazione del dirigente;*

2) *importi eccedenti il limite massimo annuo previsto al comma 4 per ciascun dipendente.*

Il comma 8 prevede, infine, che una quota degli incentivi previsti dal comma 2, non superiore al 25%, possono essere destinate alle funzioni tecniche svolte dal personale delle centrali di committenza.

Se con l'articolo 45 sopra citato, parte dei problemi applicativi del previgente art. 113, che avevano interessato la giurisprudenza consultiva della Corte dei conti, devono intendersi superati, ciò invece non può affermarsi in riferimento alle fattispecie negoziali incentivabili.

A parere di chi scrive, difatti, anche nella nuova formulazione, permangono le limitazioni in merito all'applicabilità di tale istituto alle concessioni, al partenariato pubblico-privato e al project financing.

Anche in seguito alla nuova formulazione, infatti, si ritiene che siano attuali le argomentazioni alla base della deliberazione della Sezione delle autonomie n. 15/2019, con cui, nell'escludere l'estendibilità dell'istituto alle concessioni, è stato osservato «*che i compensi incentivanti per chiara affermazione del legislatore costituiscono un "di cui" delle spese per contratti appalto e non vi è alcun elemento ermeneutico che possa far ritenere estensibile le disposizioni dell'articolo in esame anche alle concessioni, non essendo normativamente previsto uno specifico stanziamento non riconducibile ai capitoli dei singoli lavori, servizi e forniture*».

Il c. 1 dell'art. 45 del nuovo codice, infatti, prevede, al pari di quello che era contenuto nell'art. 113, che «*Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti*».

Non vi è alcun motivo, invece, a parere di chi scrive, di escludere tali incentivi nel caso degli accordi quadro, ove oggetto dell'accordo sia una delle attività previste dal legislatore (lavori, servizi e forniture), sia stata effettuata a monte una procedura di gara e i relativi incentivi sono individuati nel quadro economico di ogni singolo contratto affidato per mezzo dell'accordo quadro in questione (9).

Parimenti ammissibile deve ritenersi, sulla base della giurisprudenza in materia (10), l'incentivazione per funzioni tecniche nel caso della perizia di variante e suppletiva connotata da particolare complessità, con incremento dell'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara, con esclusione delle varianti determinate da errori di progettazione.

Parimenti, anche con la nuova formulazione dell'art. 45 sono attuali, a parere di chi scrive, le conclusioni a cui è pervenuta la giurisprudenza contabile (11) in merito alla possibilità di riconoscere incentivi qualora si tratti di appalti di importo superiore a 500.000 euro e di particolare complessità, e nella fattispecie di appalti di importo inferiore a 500.000 euro e di particolare complessità.

(9) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 110/2020, cit.

(10) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, parere n. 64/2022, *ivi*, 2022, 2, 190, con nota di A.M. Quaglini.

(11) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, parere n. 11/2021, *ivi*, 2021, 1, 159, con nota di F. Izzo.

Rilevava sul tema la figura del direttore dell'esecuzione, richiamato prima dell'art. 113, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016 e ora dell'art. 45, c. 2, del nuovo codice dei contratti.

Sulla materia, la giurisprudenza si è così espressa: «*A tale proposito, la giurisprudenza consultiva contabile ha già avuto modo di chiarire che l'applicabilità degli incentivi, nell'ambito dei contratti di affidamento di servizi e forniture, è contemplata soltanto nel caso in cui sia nominato il direttore dell'esecuzione, inteso quale soggetto autonomo e diverso dal Rup (Sezione regionale di controllo per il Veneto, deliberazione n. 301/2019/Par, del 11 ottobre 2019). Tale distinta nomina è richiesta, in base al punto 10 delle Linee guida n. 3 dell'Anac, recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", soltanto negli appalti di forniture o servizi di importo superiore ad euro 500.000,00 ovvero di particolare complessità.*

*Ritiene il collegio che tali ipotesi vadano considerate alternative, e che pertanto la particolare complessità richiesta per la nomina del direttore dell'esecuzione potrebbe caratterizzare anche appalti di importo inferiore ad euro 500.000».*

Ora nel nuovo codice la materia in esame è disciplinata nei seguenti termini (12):

- l'art. 45, c. 2, conferma che gli incentivi, per gli appalti di forniture e servizi, sono attribuiti a condizione che sia nominato il direttore dell'esecuzione, come figura distinta dal Rup (sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 113 del codice previgente);

- l'art. 114, c. 8, rinvia all'allegato II.14 ai fini dell'individuazione dei contratti di servizi e forniture di particolare importanza (per qualità o importo delle prestazioni), per i quali è necessaria la nomina di un direttore dell'esecuzione come figura diversa dal Rup ed è, pertanto, all'allegato II.14 che occorre fare riferimento per valutare la sussistenza del requisito della "particolare importanza";

- l'art. 31, c. 1, dell'allegato II.14, prevede che l'incarico di direttore dell'esecuzione del contratto sia ricoperto dal Rup "a eccezione dei contratti aventi a oggetto servizi e forniture di particolare importanza, come disciplinati dall'articolo 32";

- l'art. 32 dell'allegato II.14 individua i contratti di servizi e forniture di particolare importanza, per qualità o importo delle prestazioni, nei quali è previsto, ai sensi del suddetto art. 114, c. 8, che il direttore dell'esecuzione debba essere diverso dal Rup;

- per i servizi si prescinde dall'importo contrattuale e rileva il profilo qualitativo fondato sui criteri oggettivi di valutazione della particolare importanza, enucleati dall'art. 32, c. 2, dell'allegato II.14;

- in sede di prima applicazione, è lo stesso comma 2 ad individuare puntualmente i servizi di particolare importanza, con elencazione che, per le ragioni esposte al punto 31, non può rivestire carattere tassativo;

- per le forniture rileva, invece, il profilo quantitativo fondato sull'importo delle prestazioni, qualificabili di particolare importanza se tale importo è superiore a 500.000,00 euro.

Alla stessa conclusione di ammissibilità, si ritiene si debba pervenire, anche in seguito all'adozione del nuovo art.45, in riferimento al rapporto tra incentivo tecnico e appalti di manutenzione.

Rimangono attuali, a parere di chi scrive, infatti, le argomentazioni esposte dalla Sezione delle autonomie, con deliberazione n. 2 del 9 gennaio 2019, nell'affermare che «*Occorre, quindi, prendere atto che nel mutato quadro normativo non vi sono motivi ostativi ad includere nell'incentivazione prevista dall'art. 113 anche le attività tecniche strettamente connesse a lavori di manutenzione, svolte cioè all'interno delle fasi procedurali che connotano gli affidamenti dei contratti pubblici di manutenzione ordinaria e straordinaria (programmazione, progettazione, selezione degli operatori economici, stipulazione ed esecuzione del contratto). Per loro natura, i lavori di manutenzione consistono in un'opera volta a rimediare al degrado strutturale, tecnologico o impiantistico di un manufatto o di sue componenti, quindi ad un recupero di valore e funzionalità attraverso un'azione riparativa che rientra nel genere dei "lavori" (come previsto dalla lettera nn) dell'art. 3, del d.lgs. n. 50/2016) e, più in particolare, nel quadro degli "appalti pubblici di lavori" (quand'anche l'attività manutentiva risulti estranea alle costruzioni edili di cui all'Allegato I). Non si pone, in questo caso, neppure un problema di numerus clausus delle "funzioni tecniche", oggetto di incentivo secondo il principio di tassatività affermato e ribadito dalla Corte, con riferimento anche al secondo comma dell'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, argomentando dall'avverbio "esclusivamente" che precede l'elenco delle attività incentivabili. Infatti, le attività manutentive non rientrano tra le "funzioni tecniche" che i dipendenti pubblici svolgono ai fini dell'incentivazione prevista dall'art. 113, in quanto la manutenzione costituisce, appunto, l'oggetto di un appalto di lavori rispetto al quale il personale dell'amministrazione può svolgere una o più "funzioni tecniche" ad esso correlate. Negli appalti di lavori di manutenzione è possibile realizzare, in astratto, tutte le attività tecniche previste dal secondo comma dell'art. 113, anche se, in concreto, le stesse risultano compatibili con interventi di manutenzione (soprattutto straordinaria) contrassegnati da elevata complessità, i quali possono richiedere, da parte del personale tecnico-amministrativo, un'attività di programmazione della spesa, di valutazione del progetto o di controllo delle procedure di gara e dell'esecuzione del contratto rispetto ai termini del documento di gara, esattamente come qualunque altro appalto di lavori, servizi o forniture. Per gli interventi di manutenzione ordinaria di più semplice realizzazione, invece, la possibilità di svolgere le funzioni tecniche è esclusa, il più delle volte, o dall'assenza di un progetto da attuare o*

(12) V. Corte conti, Sez. contr. reg. Campania, n. 191/2023.



*perché l'amministrazione procede all'affidamento con modalità diverse dalla gara, la quale costituisce presupposto indefettibile della norma ai fini della determinazione del fondo vincolato (facendo l'art. 113 espresso riferimento all' "importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara"). Presupposto ulteriore per il riconoscimento degli incentivi, oltre al rispetto del tetto annuo lordo del 50% del trattamento economico complessivo ed alla previa adozione di un atto interno di natura regolamentare diretto a stabilire criteri e modalità di ripartizione delle risorse tra gli aventi diritto, è che le funzioni tecniche svolte dai dipendenti siano "necessarie" per consentire "l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti". L'attività manutentiva, pertanto, deve risultare caratterizzata da problematiche realizzative di particolare complessità, tali da giustificare un supplemento di attività da parte del personale interno all'amministrazione affinché il procedimento che regola il corretto avanzamento delle fasi contrattuali si svolga nel pieno rispetto dei documenti posti a base di gara, del progetto, nonché dei tempi e dei costi programmati, aumentando, in tal modo, l'efficienza e l'efficacia della spesa».*

Alla luce di quanto sopra, dunque, a parere dello scrivente, gli incentivi per funzioni tecniche previsti prima dall'art. 113 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), oggi dall'art. 45 del nuovo codice dei contratti, possono essere riconosciuti, nei limiti previsti dalla norma, anche in relazione agli appalti di manutenzione straordinaria e ordinaria di particolare complessità.

Anche sotto il profilo della natura giuridica di tale incentivo, si ritiene che siano attuali, anche in seguito alla nuova formulazione dell'istituto ad opera dell'art. 45, gli arresti giurisprudenziali sul tema.

Come affermato dalla Sezione delle autonomie, con deliberazione n. 6/2018, infatti, l'allocazione in bilancio degli incentivi tecnici stabilita dal legislatore, ha l'effetto di conformare in modo sostanziale la natura giuridica di tale posta, in quanto finalizzata a considerare globalmente la spesa complessiva per lavori, servizi o forniture, ricomprendendo nel costo finale dell'opera anche le risorse finanziarie relative agli incentivi tecnici.

Medesimo presupposto che si rileva anche dalla lettura del nuovo art. 45, c. 1, che prevede che *"gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell'allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti"*.

Sulla base di tali argomentazioni, dunque, gli incentivi disciplinati prima dall'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016 (ora art. 45 del nuovo codice) erogati su risorse finanziarie individuate *ex lege*, facenti capo agli stessi capitoli sui quali gravano gli oneri per i singoli lavori, servizi e forniture, non sono soggetti al vincolo posto al complessivo trattamento economico accessorio dei dipendenti degli enti pubblici dall'art. 23, c. 2, del d.lgs. n. 75/2017.

Alla luce delle superiori considerazioni, tali spese per incentivi, anche nella nuova formulazione di cui all'art. 45, non costituiscono, a parere di chi scrive, spesa per il personale, ai fini della determinazione della capacità assunzionale, secondo la normativa di cui all'art. 33, c. 2, del d.l. 30 aprile 2019, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 28 giugno 2019, n. 58 (13).

Sempre sul tema del rapporto tra incentivi tecnici e spese del personale, la Corte dei conti a Sezioni riunite, con deliberazione n. 16/2009, ai fini dell'interpretazione di cui all'art. 1, cc. 557 e 562, della l. n. 296/2006, ha avuto modo di precisare che *«nelle spese del personale non devono essere computate "i cc.dd. incentivi per la progettazione interna"»*.

Passando, invece, all'ambito temporale di applicazione della nuova disciplina, il d.lgs. n. 36/2023, all'art. 229, prevede che le nuove regole saranno operative in tre fasi:

- il 1° aprile è prevista la vigenza della norma;
- il 1° luglio l'operatività.

Tale distinzione rileva sia per la possibilità, nel periodo intermedio, di sostituire gli allegati al codice con regolamenti adottati ai sensi dell'art. 17 della l. n. 400/1988, sia, soprattutto, perché, ai sensi del c. 2 dell'art. 226, occorre fare riferimento alla data di acquisto di efficacia del codice per stabilire quali siano i "procedimenti in corso", cui continua ad applicarsi la disciplina del d.lgs. n. 50/2016.

In merito, i cc. 1 e 2 dell'art. 226 del codice prevedono che: *"1. Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è abrogato dal 1° luglio 2023.*

*2. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso.*

*A tal fine, per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) per le opere di urbanizzazione a scapito del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia; d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le*

(13) *Ex multis*, Corte conti, Sez. contr. reg. Abruzzo, parere n. 249/2021; Sez. contr. reg. Lombardia, parere n. 73/2021, *ibidem*, 3, 140, con nota di A.M. Quaglini; Sezione contr. reg. Liguria, parere n. 1/2022, *ivi*, 2022, 1, 128, con nota di A.M. Quaglini.

*procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data”.*

L’art. 225, invece, disciplina le “Disposizioni transitorie e di coordinamento” e, in particolare, prevede che:

*“1. Fino al 31 dicembre 2023 gli avvisi e i bandi sono pubblicati, ai fini della decorrenza degli effetti di legge, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell’Ufficio inserzioni dell’Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Fino al 31 dicembre 2023 trovano applicazione le disposizioni di cui agli articoli 70, 72, 73, 127, comma 2, 129, comma 4 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti adottato in attuazione dell’articolo 73, comma 4 del medesimo codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016. Le spese per la pubblicazione obbligatoria degli avvisi e dei bandi di gara sono rimborsate alla stazione appaltante dall’aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall’aggiudicazione. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive avviene esclusivamente in via telematica e non può comportare oneri finanziari a carico della stazione appaltante. Fino al 31 dicembre 2023 continuano le pubblicazioni sulla piattaforma del Servizio contratti pubblici del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui all’Allegato B al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Dal 1° gennaio 2024, acquistano efficacia gli articoli 27, 81, 83, 84 e 85.*

*2. Le disposizioni di cui agli articoli 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 35, 36, 37, comma 4, 99, 106, comma 3, ultimo periodo, 115, comma 5, 119, comma 5, e 224, comma 6 acquistano efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024. In via transitoria, le disposizioni di cui agli articoli 21, comma 7, 29, 40, 41 comma 2-bis, 44, 52, 53, 58, 74, 81, 85, 105, comma 7, 111, comma 2-bis, 213 commi 8, 9 e 10, 214, comma 6 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 continuano ad applicarsi fino al 31 dicembre 2023 per lo svolgimento delle attività relative:*

*a) alla redazione o acquisizione degli atti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;*

*b) alla trasmissione dei dati e documenti relativi alle procedure di cui alla lettera a);*

*c) all’accesso alla documentazione di gara;*

*d) alla presentazione del documento di gara unico europeo;*

*e) alla presentazione delle offerte;*

*f) all’apertura e la conservazione del fascicolo di gara;*

*g) al controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.*

*3. Il requisito di qualificazione di cui all’articolo 4, comma 1, lettera c) e all’articolo 6, comma 1, lettera c), dell’allegato II 4 è richiesto a decorrere dal 1° gennaio 2024.*

*4 In sede di prima applicazione dell’articolo 47 e fino all’attuazione delle disposizioni di cui all’allegato I.11, la composizione del Consiglio superiore dei lavori pubblici e le competenze delle sezioni restano quelle vigenti alla data di entrata in vigore del codice, ivi compreso quanto disposto dall’articolo 45 del decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021 n. 108.*

*5. Fino all’adozione del regolamento di cui all’articolo 13, comma 4, continua ad applicarsi il regolamento di cui al decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale 2 novembre 2017, n. 192.*

*6. Fino all’adozione del regolamento di cui all’articolo 136, comma 4, continua ad applicarsi il regolamento recante la disciplina delle attività del Ministero della difesa in materia di lavori, servizi e forniture di cui al decreto del Presidente della Repubblica 15 novembre 2012, n. 236, in quanto compatibile con le disposizioni di cui all’allegato II.20”.*

La data di acquisto di efficacia del nuovo codice rileva, inoltre, anche ai fini delle disposizioni transitorie e di coordinamento dettate dal c. 16 dell’art. 225, a mente del quale “a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell’articolo 229, comma 2, in luogo dei regolamenti e delle linee guida dell’Anac adottati in attuazione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, laddove non diversamente previsto dal presente codice, si applicano le corrispondenti disposizioni del presente codice e dei suoi allegati”.

Nessun rinvio dell’entrata in vigore dell’art. 45 si desume dal dettato legislativo che, quindi, diverrà operativo con la tempistica prevista dal sopra citato art. 229.

Il c. 1 dell’art. 45, come già precisato, prevede, invece, una disciplina transitoria, stante che la vigenza dell’allegato I.10 è legata all’adozione di un corrispondente regolamento emanato ai sensi dell’art. 17, c. 3, della l. 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Ciò premesso in ordine al regime intertemporale, sotto il profilo metodologico, come è stato chiarito nella relazione illustrativa, “si è scelto di redigere un codice che non rinvii a ulteriori provvedimenti attuativi e sia immediatamente auto-esecutivo, consentendo da subito una piena conoscenza dell’intera disciplina da attuare. Ciò è stato possibile

grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)". Nelle more della delegificazione, dunque, nel sistema delle fonti del diritto, le disposizioni contenute negli allegati hanno rango di norme primarie (14).

Concludendo, da una prima lettura dell'art. 45 del nuovo codice si può rilevare come la nuova disciplina per certi aspetti richiama quella del previgente art. 113 (limite percentuale, necessità dell'adozione di un regolamento, natura della spesa, ecc.), dall'altro permette di superare alcuni vuoti normativi e limiti che si erano riscontrati nella previgente normativa.

Vengono, infatti, ampliate le tipologie di funzioni tecniche incentivabili e il c. 1 dell'art. 45 estende, inoltre, la previsione alle attività tecniche relative a tutte le procedure e non solo all'appalto.

Si superano, in tal modo, le difficoltà discendenti dalla vigente formulazione che, a parità di funzioni tecniche svolte, consentiva l'erogazione dell'incentivo ai dipendenti solo in caso di appalti ed escludeva tutte le altre procedure e gli affidamenti diretti.

Vengono, inoltre, valorizzati due principi fondamentali, anche di matrice comunitaria:

- il "*principio del risultato*", inteso come l'interesse pubblico primario del codice stesso, che riguarda l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza;

- il "*principio della fiducia*" nell'azione legittima, trasparente e corretta della pubblica amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

\* \* \*

---

(14) V. Corte conti, Sez. contr. reg. Campania, n. 191/2023, cit.